

STATI

Od sociologie práva k ústavnímu pluralismu: Eugen Ehrlich a teorie společenského konstitucionalismu

Jiří Příbáň*

Abstrakt: Tento článek analyzuje některé teoretické myšlenky evropského ústavního pluralismu, ve kterých je přítomen vliv Ehrlichovy sociologie práva. Po úvodní analýze samotného pojmu ústavního pluralismu EU a kritice jeho pozitivistického pojetí článek analyzuje teorii společenského konstitucionalismu, normativní plurality a heterarchie převládající nad normativně hierarchickým pojetím práva. Zatímco konvenčnější právní teorie se tyto heterarchie a pluralismus transnacionálního konstitucionalismu snaží překrýt monismem a hierarchií kosmopolitních hodnot, teorie společenského konstitucionalismu naopak tyto heterarchie radikalizuje a chápe i transnacionální systém práva jen jako jeden z mnoha společenských systémů funkcionálně diferencované globální společnosti. Význam Ehrlichovy sociologie práva spočívá v tom, že umožňuje analýzu takto diferencovaného systému práva, který funguje nezávisle na státní organizaci s jejím monopolem politické moci, a to jak v podmínkách nadnárodní organizace EU, tak v širším kontextu globálního práva. Závěrečná část se proto zaměřuje na Teubnerovu teorii společenského konstitucionalismu, která originálním způsobem rozvíjí odkaz Ehrlichova sociologického pojetí práva, analyzuje režimy vědění jako nové ústavní subjekty a chápe je jako novou konstelaci vztahu mezi sociální mocí a ústavní autoritou, která přesahuje klasická schémata ústavní teorie i kosmopolitní etiky jako legitimizačního zdroje globálního práva a politiky.

Klíčová slova: Eugen Ehrlich, živé právo, ústavní pluralismus, sociologie práva, konstitucionalismus, právní teorie, ústavní teorie

Úvod

Kdo chce porozumět zákonům moderní společnosti, nesmí se spoléhat na jejich literu a instituce, v nichž vznikají, nebo oficiální účely, kvůli kterým se přijímají. Namísto právního textu se musí věnovat sociálním a kulturním kontextům, v nichž právo skutečně žije a uznává se jeho závaznost.

Tak by se dala ve zkratce vyjádřit základní metoda rakouského sociologa a teoretika práva Eugena Ehrlicha (1862–1922), který působil jako profesor i rektor univerzity v Černovicích v Bukovině. Někdejší etnická a kulturní rozmanitost tohoto nejvýchodnějšího cípu habsburského Předlitavska přímo vyzývala tohoto černovického rodáka a absolventa vídeňské univerzity, aby kriticky přehodnotil legalistické myšlení, které dominovalo vědeckému i politickému životu habsburské monarchie, a namísto formule *zákon je zákon* zformuloval sociologii tzv. *živého práva*.

* Prof. JUDr. Jiří Příbáň, DrSc. Centre of Law and Society, School of Law and Politics, Cardiff University. E-mail: priban@cf.ac.uk.

Ve stejné době, kdy ve Spojených státech zakládá Roscoe Pound sociologickou jurisdikci, která staví na rozdílu práva v knihách a v praxi (*law in books* a *law in action*),¹ ve středovýchodní Evropě vzniká díky Ehrlichovi první ucelená sociologická teorie práva, pro kterou se stal určujícím rozdílem mezi zákonným a živým právem (*das lebende Recht*).²

Tento rozdíl jako kdyby přitom nejlépe ilustrovala sama historická budova Černovické univerzity, kterou navrhl Josef Hlávka a do jejíhož historizujícího slohu se poskládaly západní, východní i osmanské tradice a vlivy. V těchto budovách kdysi také působily desítky spolků, ve kterých se sdružovali studenti s německými, židovskými, rusínskými, rumunskými nebo ukrajinskými kořeny. V oficiálních budovách a pravidlech univerzitního studia tak ve skutečnosti pulsoval pluralitní kulturní život, od něhož i profesor Ehrlich odvozoval samu podstatu práva a smysl jeho existence.

Namísto představy, že právo je hierarchický systém neosobních norem, Eugen Ehrlich chápal právo jako spontánně se utvářející a společensky uznávaný řád, jehož prostřednictvím lidé a celé komunity organizují své každodenní životy. Abstraktní litera zákona podle něho předchází konkrétní zkušenost s právem. Právo nezávisí na aktech svrchované moci, ale na tom, co sama společnost uzná a spontánně vynucuje jako pravidla své sebeorganizace.

Není divu, že Ehrlichovy dobové představy, podle kterých je třeba postavit obecnou právní vědu a teorii na metodách sociálních věd, se nesnesly s tehdejší právní pozitivismem a legalismem, takže Hans Kelsen Ehrlichovy *Základy sociologie práva* zrecenzoval ve své době natolik přísně, že se po dlouhých desetiletích od této recenze distancoval.³ Základní kritika Ehrlichova učení však trvá a vždy spočívala v obecné výtce, že v něm dochází k záměně právních norem a kulturních zvyků.

Vídeňští právníci a filosofové v čele s pražským rodákem Hansem Kelsenem považovali zaměňování právních norem za kulturní zvyky za nejhorší poklesek právníckého stavu. Naproti tomu Maxu Weberovi Ehrlichova sociologie práva stála jen za letmou kritickou zmínkou, když rozpracovával ve stejné době svůj vlastní systém speciální právní sociologie, a přitom používal některé podobné pojmové distinkce, například státního a nestátního práva.⁴

Podle Webera Ehrlich kritikou obyčejového práva a rozšířením obecného pojmu práva jen vnesl zmatek do rozdílu mezi právní a sociologickou metodologií.⁵ Tuto argumentaci Kelsen od Webera převzal. A přece po více než sto letech od zániku habsburské říše vše vypadá tak, že navzdory přehlížení ze strany klasiků moderní sociologie a v zarputilé při právních filosofů měl nakonec pravdu Ehrlich, který i z nejbližší periferie dokázal rozpoznat, že střední Evropa nestojí na pilířích nadnárodní legality, ale na pluralitě živého práva.

Představa, že by síla obyčejů mohla mít přednost před psaným právem, podobně jako živá nářečí mohou mít navrch před obecnými gramatickými pravidly, je pro právní ima-

¹ POUND, Roscoe. *Law in Books and Law in Action*. *American Law Review*. 1910, Vol. 44, No. 1, s. 12–36.

² EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München: Duncker und Humblot, 1913.

³ KELSEN, Hans. *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*. In: KELSEN, Hans – EHRLICH, Eugen. *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: Eine Kontroverse (1915/1917)*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, s. 3.

⁴ Viz například COUTU, Michel. *Book Review: Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, by Marc Hertogh (ed). *Osgoode Hall Law Journal*. 2009, Vol. 47, No. 3, s. 587–593, s. 590.

⁵ WEBER, Max. *Economy and Society, Vols 1. and 2.* Berkeley, CA: University of California Press, 1968, s. 753.

ginaci těžce představitelná. Podobně i pro Webera byla hlavním rysem moderního státu jeho legální legitimita a monopol politické moci. Nicméně jedním z nejzajímavějších rysů dnešních teorií globálního práva a konstitucionalismu je právě to, že Ehrlichovo pojetí živého práva v nich často převládá nad formálním legalismem či klasickými pojmy analytické teorie mezinárodního práva, jak je rozpracoval i Kelsen ve své monistické čisté teorii práva.

Tyto proměny právní teorie v posledních třech desetiletích jsou dobře známé a popsány v současné literatuře zrovna tak, jako jejich historicko-teoretický kontext. Metafora dnešní společnosti jako „globální Bukoviny“ se díky Ehrlichově sociologii práva pevně usadila v sociologii i teorii transnacionálního globalizovaného práva i politiky.⁶ Postmoderní globalizovaná společnost totiž postrádá někdejší imperiální hierarchie a nevládne v nich neosobní duch legality, ale její vnitřní konflikty, protiklady a paradoxy naopak otevírají prostor pro sdílení živého práva, které se ustavuje a vyvíjí spontánně a v závislosti na tom, jak se vyvíjí celá společnost a její jednotlivé systémy hospodářství, vědy, vzdělávání nebo vládnutí.

Paradox Ehrlichovy sociologie práva spočívá v tom, že se stala jedním z hlavních zdrojů inspirace dnešních teorií právního pluralismu, přestože samotný termín pluralismu Ehrlich nijak nerozpracoval. Ačkoli se jeho sociologická teorie práva občas vnímá jako pozdní projev romantického myšlení vzhledem k důrazu na spontaneitu sociálního vývoje a organičnost právního řádu, ve skutečnosti bychom zde marně hledali nějaké objektivní zákony dějinného vývoje, které by měly přednost před racionální legalitou osvícenského ducha. Nevládne zde zvyk a mrav nad zákonem a politikou, organický duch zákona nediktuje mechanické liteře její obecný smysl a historický účel. Proti odcizení legalitou nestojí autentický prožitek sounáležitosti, který by byl podmínkou legitimního právního státu.

Ehrlichovo uznání kulturních odlišností etnické rozdíly neoslavuje a nezasahuje do historického působení světového ducha, ale vychází z rozmanitosti kolektivního života, v němž se stírají rozdíly mezi centrem a periferiemi, ale přitom roste napětí mezi legalitou a legitimitou. Právě tyto paradoxy modernity se projeví naplno v procesu globalizace, takže Ehrlichova sociologie práva dnes vypadá moderněji a atraktivněji, než jak tomu bylo v době jejího vzniku před více než sto lety, kdy se v Evropě impéria sice otřásala, ale ještě zdaleka nerozpadala, a kdy jednotící a absolutní duch legality vypadal jako nejúčinnější záruka a ochrana před relativní morálkou a nenávisťnými ideologiemi.

Zkušenost minulého století nám říká, že i liberálně legalistická záruka zformulovaná do obratu *zákon je zákon*, se překvapivě snadno proměnila v kulturní zkušenost, ve které *zločin se stal zákonem*. I toto selhání legalismu jako obrany občanských svobod a rovnosti proti výbušnému světu relativních morálních názorů a ideologických přesvědčení je proto třeba vzít v úvahu jako jeden z důvodů, proč dnešní teorie globalizovaného práva nepovažuje někdejší ostré distinkce mezi zvykem a normou nebo konkrétní zkušeností a abstraktním pravidlem za rozhodující pro pochopení toho, jak dnešní právo funguje a jak probíhají jeho systémové operace.

V následující úvaze proto navazují na některé teoretické myšlenky evropského ústavního pluralismu, ve kterých je přítomen vliv Ehrlichovy sociologie práva. Po úvodní analýze

⁶ TEUBNER, Gunther. Global Bukovina: Legal Pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law Without a State*. Aldershot: Dartmouth, 1996, s. 3–28.

samotného pojmu ústavního pluralismu EU a kritice jeho pozitivistického pojetí rozvinu teorii společenského konstitucionalismu, normativní plurality a heterarchie převládající nad normativně hierarchickým pojetím práva. Zatímco konvenčnější právní teorie se tyto heterarchie a pluralismus transnacionálního konstitucionalismu snaží překrýt monismem a hierarchií kosmopolitních hodnot, teorie společenského konstitucionalismu naopak tyto heterarchie radikalizuje a chápe i transnacionální systém práva jen jako jeden z mnoha společenských systémů funkcionálně diferencované globální společnosti. Význam Ehrlichovy sociologie práva spočívá v tom, že umožňuje analýzu takto diferencovaného systému práva, který funguje nezávisle na státní organizaci s jejím monopolem politické moci, a to jak v podmínkách nadnárodní organizace EU, tak v širším kontextu globálního práva. V závěrečné části se proto věnuji Teubnerově teorii společenského konstitucionalismu, která originálním způsobem rozvíjí odkaz Ehrlichova sociologického pojetí práva, analyzuje režimy vědění jako nové ústavní subjekty a chápe je jako novou konstelaci vztahu mezi sociální mocí a ústavní autoritou, která přesahuje klasická schémata ústavní teorie i kosmopolitní etiky jako legitimizačního zdroje globálního práva a politiky.

1. Ústavní pluralismus EU: pojem, dějiny a teorie

Pro moderní konstitucionalismus býval typický právní monismus, normativní hierarchie, politická jednota, kulturní homogenita a sociální řád. Zatímco právní teorie analyzovala základní normu ústavního pořádku a jeho institucionální zajištění, politická teorie se zaměřovala na rozhodovací procesy, rozložení moci, její organizaci a nástroje donucení.

Teorie právního pluralismu vždy tyto konceptuální hranice narušovaly, takže zpravidla staví do protikladu státní právo a nestátní normativní systémy a používají tento protiklad jako výchozí bod pro analýzu i normativní ospravedlnění transformace moderního státu v transnacionálním právním a politickém vývoji. Typicky argumentují, že globální změny ve společenské organizaci politické moci a právní autority vedou k oslabení národního státu. Komplexita vzájemných vazeb mezi různými právními systémy podle těchto teorií vyžaduje nový konceptuální rámec a právní představivost.

Sociologický pohled na systém pozitivního práva jako pluralitu právních řádů operujících uvnitř i mimo státní organizaci se potom nabízí jako možné východisko, jak překonat omezení spojená s pojmem práva vycházejícím ze státní organizace a jejího monopolu politické moci. Konstitucionalisté a právní teoretici nicméně často označují samotný pojem ústavního pluralismu za oxymoron,⁷ zatímco i v rámci teorie evropského práva zůstává otázka nadřazenosti práva v centru pozornosti jako ústřední téma a mnohdy se považuje za základní podmínku fungování tohoto nadnárodního systému.⁸

Rozdíl mezi sociologickým pojmem ústavy jako systémem moci, jejíž formování umožňují právní procedury, a právním pojmem ústavy jako systému právních pravidel a principů, které transformují společenskou moc v politickou autoritu, zásadním způsobem ovlivňuje i současné diskuse o právním a ústavním pluralismu.⁹ Zatímco právní

⁷ LOUGHLIN, Martin. Constitutional Pluralism: An Oxymoron. *Global Constitutionalism*. 2014, Vol. 3, No. 1, s. 9–30.

⁸ KELEMEN, Daniel. On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2016, Vol. 23, No. 1, s. 136–150, s. 150.

⁹ PŘIBÁŇ, Jiří. Asking the Sovereignty Question in Global Legal Pluralism. *Ratio Juris*. 2015, Vol. 28, No. 1, s. 31–51.

pluralisté definují ústavy jako jakýkoli normativní řád konstituovaný jednotou primárních a sekundárních pravidel, jejich kritici argumentují, že takové konceptuální rozšíření by vedlo k tomu, že mezi ústavy by se musel zahrnout například i organizovaný zločin se svým systémem pravidel, a proto takové rozšíření vytváří konceptuální a metodologický zmatek.¹⁰

Co lze z ontologické perspektivy deskriptivní sociologie analyzovat jako sociální fakt, to z hlediska normativní právní vědy někteří právní teoretici považují za vyloučené. Podle nich je sociologická teorie práva jen soubor metodologických postulátů využitelných právní vědou.¹¹ Tato kritika rezonuje obzvláště silně mezi teoretiky ústavního a mezinárodního práva.¹²

Proces společenské globalizace, jehož jeden ze segmentů představuje i evropeizace, si však vyžaduje přehodnocení samotného pojmu normativního řádu a autority.¹³ Moderní politické a právní hierarchie se musí potýkat s výzvami zcela nových mocenských struktur, které se ustavily v heterarchicky uspořádaných neprávních režimech depolitizovaného vládnutí. Pluralita a heterarchie mocenských struktur tak vedou k pluralitě právní regulace a konstitucionalizaci normativních řádů, takže se ústavní stát stává jen jednou z mnoha mocenských struktur a právních autorit.¹⁴

Právní pojem ústavního pluralismu coby systému pluralitních pramenů práva je navíc třeba odlišit od sociologického pojetí ústavního pluralismu, který ho chápe jako sociální pluralitu sebeustavujících normativních řádů. Jednoduchá skutečnost koexistence různých oficiálních systémů práva, které navzájem uznávají svou autoritu a vyjednávají své vzájemné hranice v procesu ústavního dialogu, jak je tomu například v komplexních strukturách práva EU, se musí odlišit od plurality koexistujících oficiálních a neoficiálních normativních systémů, ze které se konstituuje sama společnost.¹⁵

Proces evropské integrace potom nabízí jedinečnou příležitost, jak promýšlet konstitucionalismus jako součást právního pluralismu. Teorie evropského právního a ústavního pluralismu často přejímají sociologické a socioprávní pojmy a metody, aby přesněji zachytily normativní, procedurální a institucionální komplexitu EU a koexistenci mnohočetných ústavních systémů na úrovni evropské, národní i regionální. Evropské právo funguje nezávisle na národních státech a jejich ústavních pořádcích. Od raného stadia evropské integrace se proto tento proces chápal jako přesahující hranice a principy mezinárodního práva a obsahující výrazné prvky práva ústavního.¹⁶

Historicky jedinečný proces evropské integrace od samého počátku politologové a sociologové vnímali jako proces konstitucionalizace a tento původně právní pojem aplikovali nejen na politické, ale i sociální integrační procesy. Podobně i právní teoretici a konstitucionalisté do analýz evropského práva přejali sociologický pojem pluralismu, aby

¹⁰ ROBERTS, Simon. Against Legal Pluralism. *Journal of Legal Pluralism*. 1998, Vol. 42, s. 95–106.

¹¹ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State* (translated by Anders Wedberg). 2nd edition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1961, s. 174.

¹² SOMEK, Alexander. Kelsen Lives. *European Journal of International Law*. 2007, Vol. 18, No. 3, s. 409–451.

¹³ TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies. The Self-Deconstruction of the Law's Hierarchy. *Law and Society Review*. 1997, Vol. 31, s. 763–787.

¹⁴ TWINING, William. *Globalisation and Legal Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 51.

¹⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura. *Toward a New Legal Common Sense*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

¹⁶ WEILER, Joseph H. H. – WIND, Marlene (eds). *European Constitutionalism Beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

mohli popsat normativní paradoxy uvnitř systému práva EU.¹⁷ Vzhledem k těmto vzájemným konceptuálním a teoretickým vlivům mezi právními a sociálními vědci se proto pojem ústavního pluralismu akademicky prosadil natolik, že se postupně stal „převažující ortodoxií“¹⁸ právní a politické teorie evropské integrace.

Tato ortodoxie má své historické a donekonečna diskutované milníky. Pokud jde o teoretické reflexe právního vývoje EU, první podstatné rozpracování pojmu ústavního pluralismu se objevuje v MacCormickově analýze Evropské unie po přijetí Maastrichtské smlouvy v polovině 90. let minulého století. MacCormick přejímá obecnou sociologickou teorii institucí jako součást argumentu, podle kterého právo je institucionální normativní řád, který ve společnosti existuje společně s mnoha jinými normativními řády. Vzhledem k tomu, že společnost představuje takovou pluralitu normativních řádů, lze si představit i koexistenci více právních řádů v rámci jedné politické společnosti a různé formy toho, jak se tyto řády a v jejich rámci přijímaná rozhodnutí posuzují a prosazují. Podle MacCormicka ústava vzniká tehdy, když tyto normy jsou zpětně uznány v rámci institucionálního rozhodování a tím získají seberefrenční charakter. Takový seberefrenční ústavní pořádek nemusí být nijak výlučný a může vést ke vzájemnému uznání a přiznání si platnosti mezi dvěma nebo více normativními řády existujícími v rámci jedné společnosti.¹⁹

Podobný milník ve studiu ústavního pluralismu EU představuje i komplexní a polyfonní studie Neila Walkera z přelomu století.²⁰ Na rozdíl od MacCormickova uměřeného nařazení sociologického institucionalismu a právního normativismu představuje Walkerův přístup mnohem radikálnější směsici sociologického funkcionalismu, politické analýzy postvestfálského světa a normativních nároků právní teorie a filosofie, která si osvojila pojem pluralismu jako novou legitimizační formuli ústavní autority.

V posledních dvou desetiletích se tak ústavní pluralismus rozvinul v teoreticky silné, ale intelektuálně velmi rozmanité hnutí.²¹ Heterarchie ústavních konverzací, dialogů a vyjednávání se považují za důležitější než hierarchie ústavních norem a rozhodnutí²² a EU se považuje za nejoriginálnější a nejnadějnější experiment, v němž dochází ke spojení kosmopolitních normativních nároků a systému pozitivního práva.²³

¹⁷ Viz BELLAMY, Richard – CASTIGLIONE, Dario (eds). *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*. Oxford: Blackwell, 1996; STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000; HALBERSTAM, Daniel. The Bride of Messina: Constitutionalism and Democracy in Europe. *European Law Review*. 2005, Vol. 30, No. 6, s. 775–801.

¹⁸ WEILER, Joseph H. H. Prologue: global and pluralist constitutionalism – some doubts. In: BÚRCA, Gráinne de – WEILER, Joseph H. H. (eds). *The Worlds of European Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, s. 8–18, s. 8; k protikladu mezi obecnými ortodoxiemi a heterodoxiemi v teoriích právního pluralismu viz MELISSARIS, Emmanuel. *Ubiquitous Law: Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. Aldershot: Ashgate, 2009, s. 25–44.

¹⁹ MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1999, s. 102–104.

²⁰ WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *Modern Law Review*. 2002, Vol. 65, No. 3, s. 317–359.

²¹ CRUZ, Julio Baquero. The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement. *European Law Journal*. 2008, Vol. 14, No. 4, s. 389–422.

²² HALBERSTAM, Daniel. Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States. In: DUNOFF, Joel P. – TRACHTMAN, Jeffrey L. (eds). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 326–355.

²³ KUMM, Mattias. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State. In: DUNOFF, Joel P. – TRACHTMAN, Jeffrey L. (eds). *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, s. 258–325.

2. Ústavní pluralismus EU: od základní normy k uznání normativní plurality a ústavní toleranci

Právní teorie používá pojem „normativní systém“ jako deklaraci nezávislosti na pojmovém aparátu politické teorie s jejím důrazem na suverenitu, mocenské prameny legality, politické instituce a kulturu ovlivňující tvorbu a aplikaci práva. Hans Kelsen, H. L. A. Hart, Joseph Raz a mnoho dalších vědců koncipovalo teorie práva jako normativního systému se zvláštními základy a vnitřními operacemi, které jsou nezávislé na mocenských vztazích a politických rozhodnutích. Tato teoretická orientace na systémovost práva ale současně otevírá možnost uvažovat o právu v pluralistickém duchu, protože různé právní systémy spolu mohou interagovat a komunikovat bez toho, že by jeden systém byl nezbytně podřízen systému druhému, nebo že by se musel konstituovat třetí systém, který by byl oběma systémům nadřazen.

Tento pluralistický potenciál systémově orientované právní teorie a filosofie je zastíněn Kelsenovým fundamentálně unitárním a monistickým pohledem na právo jako systém založený základní normou, ať se jedná o mezinárodní, nebo státní právo. Podle Kelsena není ani v mezinárodním právu dualismus možný, protože by ve skutečnosti vedl k právně pluralitní situaci vyvolané multiplicitou národních systémů pozitivního práva.²⁴ Podobně i Raz tvrdí, že dva nebo více právních systémů mohou koexistovat a být uplatňovány v rámci jednoho společenství, ale že jsou do jisté míry vždy potenciálně inkompatibilní, protože právní systémy nemohou „uznat žádný nárok na nadřazenost nad tím samým společenstvím, který by mohlo být učiněno jiným právním systémem“.²⁵ Zatímco pluralitní koexistence může existovat fakticky, podle Raze je to z právního hlediska nemožné.

Podle tohoto názoru mohou jednotlivé právní systémy vzájemně tolerovat své operace, jako například právní normativní systémy nebo obyčejové právo, a umožnit určitou míru kompatibility s ostatními právními systémy například uznáním principu extraterritoriální platnosti některých norem těchto systémů. Všechny právní systémy nicméně uplatňují autoritu na normativní regulaci jakéhokoli jednání příslušníků daného společenství. V tomto ohledu se právní systémy považují za odlišné od jiných institucionalizovaných systémů, protože na rozdíl od jiných asociací, společností, klubů nebo spolků je jejich účelem nejobecnější cíl, jakým je podřízení lidského chování nadvládě pravidel. Na rozdíl od jiných normativních systémů včetně systémů morálních pravidel tak právní systémy mohou podle Raze nárokovat obecnou autoritu a možnost regulovat všechny formy jednání, i když samozřejmě ani zdaleka ne všechny formy jednání ve společnosti fakticky regulují.

Navzdory Kelsenově globálnímu právnímu monismu zapouzdřeném v systému mezinárodního práva a Razově názoru, podle kterého je klíčovým znakem všech právních systémů jejich schopnost nárokovat si svrchovanou autoritu, si však lze představit právní systémy, které se navzájem překrývají bez toho, že by jeden z nich měl nadřazenou platnost. Normativní konflikty mezi dvěma nebo více právními systémy nárokovajícími si nadřazenost potenciálně destabilizují život společnosti, ale právní systémy jsou také operativně sebeomezené a seberegulované právě z toho důvodu, aby se zabránilo faktické destabilizaci života normativními konflikty.

²⁴ KELSEN, Hans. *The Pure Theory of Law*. Berkeley, CA: University of California Press, 1967, s. 328.

²⁵ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 119.

Pluralita jako sociologický fakt se v právní teorii typicky staví do protikladu k právně teoretickému pojmu normativní plurality. Opakovaně se zdůrazňuje rozdíl v metodologii, jakou používají právní a sociální vědci při studii těch samých institucí, ať se jedná o parlamenty, nebo rodiny. Nicméně i ti nejsilnější stoupenci právního pozitivismu dnes uznávají, že autorita práva není pouze záležitostí čisté normativity, ale souvisí také s účinností právních norem a procesů.

Klasický problém právního pozitivismu, který původně vyčlenil pojmy suverenity a zvyku poslušnosti jako vnější sociální podmínky systému pozitivního práva, se tak vrací jako problém moci a vlivu práva ve společnosti. I Kelsen nakonec uznává, že platnost práva nespočívá v čisté normativitě a minimum účinnosti „*musí přistoupit k postavení právní normy, pokud tato norma nemá ztratit platnost*“.²⁶

Kelsen formuluje problém právní účinnosti jako systémový problém klasického vztahu mezi právem a mocí, když tvrdí, že zákon ve skutečnosti vytváří „*určitý řád (nebo organizaci) moci*“.²⁷ Ačkoli Raz kritizuje neurčitost Kelsenova tvrzení, že právní normy musí být „*víceméně účinné*“,²⁸ také přiznává, že účinnost právních systémů je právní filosofii a teorií opomíjena a že celý problém spíše patří do oboru sociologie práva.²⁹

Platnost právního systému se definuje současně „čistou“ normativitou i „špinavou“ sociální účinností, což ovšem vede k logickým a pojmovým paradoxům. Jedním z nich je paradox právního pluralismu, který staví na obecné systémové teorii komunikace, ve které identita je rozpoznatelná jen jako rozdíl a jednota se určuje prostřednictvím rozmanitosti.

Právě v tomto kontextu chtěl například Neil MacCormick rozvinout vztah podobností a rozdílů mezi právním a sociologickým přístupem k systémové teorii, aby lépe porozuměl výzvám právního pluralismu.³⁰ MacCormickova teorie právního pluralismu nicméně vycházela z pozitivistického přístupu k právnímu pluralismu, který chápe proces evropské právní integrace jako vzájemné uznávání institucionálně normativních řádů bez nároku na nadřazenost.³¹ Otázka autorizace se tak podle něho v EU stává otázkou sebereferečního zmocnění prostřednictvím formálního zákonodárství a autoritativní interpretace, která transformuje původně konvenční a obyčejový charakter pravomocí vyplývajících z práva EU. Vzhledem k tomuto zpětnému sebekonstituování se právní normy EU postupně vyvinuly a uspořádaly do nového právního systému, který koexistuje s ústavními systémy členských zemí.³²

V kontextu této ústavní evoluce Joseph Weiler kdysi slavně kritizoval projekt ústavní smlouvy a teorie evropského konstitucionalismu jako vedené kelsenovskou snahou ustavit *Grundnorm* – základní normu jako nejvyšší pramen ústavní autority EU. Na ústavu jako právní pramen se ovšem podle Weilera v ústavodárném nadšení hledělo ze schmittovské perspektivy autority, která má převážet v extrémních situacích ústavních konfliktů. Weiler přitom odmítal monistické i dualistické pojetí evropského práva a volal po evropském ústavním *Sonderweg*, tedy zvláštní cestě, ve které by se právě etika vzájemné tolerance stala onou „duchovní“ základní normou evropského konstitucionalismu.³³

²⁶ KELSEN, Hans. *The Pure Theory of Law*, s. 11.

²⁷ *Ibidem*, s. 214.

²⁸ *Ibidem*, s. 212.

²⁹ RAZ, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, s. 42–44.

³⁰ MACCORMICK, Neil. *Beyond the Sovereign State*. *Modern Law Review*. 1993, Vol. 56, No. 1, s. 1–18, s. 8.

³¹ MACCORMICK, Neil. *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, s. 104.

³² *Ibidem*, s. 103.

3. Sociologický pojem ústavního pluralismu: normativní pluralismus a sociální pluralita

Stručný úvod do dějin evropského ústavního pluralismu ukazuje, že je třeba důkladněji se zabývat vlivem metodologií sociologie a antropologie práva.³⁴ Radikální obhájci právního pluralismu, jako například Franz von Benda-Beckmann, se zaměřují na vazby mezi obyčejovým a oficiálním právem a dalšími systémy, jako například náboženským nebo koloniálním právem v konkrétních společnostech. Součástí těchto studií je pozitivistická ortodoxie, podle které právo je homogenní sociální instituce zajištěná státní mocí a definující podmínky příslušnosti k politické společnosti.

Tito právní pluralisté se silně inspirovali mimo jiné právě Ehrlichovým sociologickým pojmem práva a kritikou jurisprudence jako vědy výlučně se zaměřující na státní právo.³⁵ Ehrlichovy etnografické právní výzkumy a pojem živého práva poskytují argumentační základ pro současnou právní antropologii a etnografii nestátního práva.³⁶ Diferencovaný systém státního práva se tak analyzuje v kontextu nediferencovaných sociálních norem. Identifikace práva se společenským uznáním a tím, co Ehrlich popisoval jako „vnitřní řád společenství“, nahradil pojem státního práva jako nejobecnější právně teoretické konstrukce. Ehrlichova teorie uznání je tak snadno rozpoznatelná i v současné sociologické teorii práva, například v Tamanahově konvencionalistickém a pragmatickém přístupu, podle kterého „*právo je cokoli, co lidé v sociálním prostředí běžně jako právo uznávají ve společenské praxi*“.³⁷

Antropologové a sociologové práva, kteří takto kritizují pojem práva jako centralizovaného a státně sankcionovaného normativního systému, zdůrazňují heterogenní a pluralitní principy pozitivního práva, a dokonce hovoří o „chaotickém zmatku“ v jeho sociálních funkcích a vzájemných strukturálních vztazích.³⁸ Pluralistický přístup ke studiu práva tak účinně zpochybňuje stát jako jediný pramen platného práva ve společnosti. Vzájemná propojenost mezi státním právem a sociálními normami vede ke studiu těchto nestátních právních řádů jako „*poloautonomních sociálních polí*“.³⁹

Právní pluralisté běžně označují za právní řád jakýkoli sociální režim či pole kolektivně uznávané normativní regulace a uznávají jejich pluralitu, heterogenitu a překrývající se struktury včetně množství vzájemných kolizí a konfliktů.⁴⁰ Namísto kelsenovské čisté právní normativity tak pluralisté popisují současné multikulturní a heterarchické společnosti jako ty, ve kterých převládá „interlegalita“⁴¹ neustále se prolínajících, přestupujících a přesahujících právních řádů, které si navzájem vypůjčují normy a pravidla. Namísto

³³ WEILER, Joseph H. H. In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg. In: WEILER, Joseph H. H. – WIND, Marlene (eds). *European Constitutionalism Beyond the State*, s. 7–23.

³⁴ BENDA-BECKMANN, Franz von. *Legal Pluralism in Malawi: Historical Development 1858–1970 and Emerging Issues*. Malawi: University of Malawi, Kachere Series, 2007, s. 55.

³⁵ EHRLICH, Eugen. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*; citováno z anglického překladu EHRLICH, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (translated by W. Moll). Cambridge, MA: Harvard University Press, 1936, s. 13.

³⁶ HERTOGH, Marc (ed.). *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*. Oxford: Hart Publishing, 2009.

³⁷ TAMANAHA, Brian. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001, s. 197.

³⁸ GRIFFITHS, John. What Is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 1986, Vol. 18, No. 24, s. 1–55, s. 27.

³⁹ FALK MOORE, Sally Falk. Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study. *Law and Society Review*. 1973, Vol. 7, No. 4, s. 719–746.

⁴⁰ FISCHER-LESCANO, Andreas – TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal of International Law*. 2004, Vol. 25, No. 4, s. 999–1046.

⁴¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Toward a New Legal Common Sense*, s. 437.

monopolu politické moci koncentrované v moderním státě právní a ústavní pluralismus odkazuje na specifické formy moci vyvíjející se v těchto právních řádech.

Právní pluralismus posunul teoretický zájem směrem k sociálnímu okolí státního práva a vědci dnes běžně studují „vnitřní/vnější“ distinkce v právních systémech,⁴² „nelegalitu“ v různých oblastech práva,⁴³ „a-legalitu“⁴⁴ atd. Tento posun zahrnuje i studium různých forem nelegitimního práva a odporu k oficiálnímu právu.

Obecný proces globalizace představuje hlavní zdroj současných diskusí o právním pluralismu. Vyvíjející se systémy globálního hospodářství, politiky, vědy, technologie, vzdělání nebo médií vedou k logickému závěru, že, podobně jako na úrovni národního státu, musí existovat paralelně se vyvíjející systém právních pravidel a standardů, podle nichž se reguluje vývoj v ostatních oblastech globální společnosti.

Gunther Teubner, jeden z neoriginálnějších interpretů Ehrlichova odkazu, v této souvislosti například zdůrazňuje existenci tzv. globálních právních fenoménů, které vznikají a operují zcela nezávisle na národních státech nebo mezinárodních politických organizacích založených na principu státní suverenity.⁴⁵ Utvářejí se naopak komunikací mezi systémem pozitivního práva a globální společností a jako takové mají i schopnost formovat hranice mezi globálním právem a jeho okolím.

Podobně jako Teubner se i William Twining snaží ustavit metajazyk právní teorie, který by dokázal transcendovat jednotlivé právní kultury a odpovědět na pluralitu vzájemně se prostupujících právních řádů, které se ustavují a vyvíjejí v globální společnosti.⁴⁶ Právní řády mohou odkazovat ke komplexním institucionalizovaným systémům, ale zrovna tak mohou označovat i řády mnohem méně organizované a obsahující rozmanité sociální praktiky a normy. V globální společnosti tak podle Twininga existuje velké množství normativních řádů, které lze označit za právní v tom smyslu, že dokážou reflektovat a regulovat globalizační procesy v různých sociálních sektorech a systémech, jako jsou například hospodářství nebo technologie.

4. Kosmopolitní pluralismus? Tři kontroverze

Pluralistický rozdíl mezi státním právem a sociálními normami připomíná ozvěnu Ehrlichova klasického rozdílu mezi zákonným a živým právem. Dokonce vyvolává velmi podobné kritiky, podle nichž pluralisté nerozlišují mezi právem a zvykem. Podobně jako Max Rheinstein ve své někdejší kritice Ehrlichova sociologického pojmu práva⁴⁷ například i dnes Simon Roberts argumentuje, že nestátní normy mají charakteristiky odlišné od norem, které vydávají státní orgány ve formě zákonů, a proto teorie právního pluralismu jednoduše opomíjejí jedinečný charakter práva ve společnosti.⁴⁸

⁴² HARRIS, Olivia (ed.). *Inside and Outside the Law*. London: Routledge, 1996.

⁴³ JOHNS, Fleur. *Non-Legality in International Law: Unruly Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

⁴⁴ LINDAHL, Hans. A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries. *Modern Law Review*. 2010, Vol. 73, No. 1, s. 30–56.

⁴⁵ TEUBNER, Gunther (ed.). Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law Without a State*.

⁴⁶ TWINING, William. *Globalisation and Legal Theory*, s. 53.

⁴⁷ RHEINSTEIN, Max. Sociology of Law, Apropos Moll's Translation of Eugen Ehrlich's *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. *International Journal of Ethics*. 1938, Vol. 48, No. 2, s. 232–239.

⁴⁸ ROBERTS, Simon. After Government? On Representing Law Without the State. *Modern Law Review*. 2005, Vol. 68, No. 1, 1–24.

Druhá kontroverze bezprostředně souvisí s první a týká se toho, co Roscoe Pound kdysi označil jako „fobie ze státu a jeho suverenity“.⁴⁹ Dnešní odborníci na studium globálního právního pluralismu také silně argumentují proti právnímu monismu a státnímu právu a vyzývají k „porušení tabu“⁵⁰ a oddělení práva od státu. Tento důraz však může zrovna tak vést k opomíjení samotného problému autority v právu a strukturálního propojení mezi politickou mocí a právem, k jakému dochází v konstitucionalismu.

Konečně třetí kontroverze právního pluralismu se ukazuje v jeho údajné funkci coby kritické teorie demaskující monismus a centralismus státního práva jako privilegovaný a reduktivní pohled na právo, který klade důraz na národní stát a jeho morální a politické nároky a očekávání.⁵¹ Požadavek plurality, diverzity, heterogenity a heterarchie právních řádů potom získává dvojí kvalitu analytického nástroje i kritického pojmu zatíženého politickými a právními očekáváními. Tato očekávání se neomezují na kritiku koloniálního práva a politiky a dotýkají se i obecné teorie globálního právního pluralismu a jeho zaměření na „potlačované diskurzy“⁵² nestátního práva.

Globální právní pluralismus si navíc přisvojili stoupenci kosmopolitní etiky a práva a rozdíl mezi ústavním monismem a pluralismem přeformulovali jako rozdíl mezi hierarchicky konzervativní/uzavřenou/špatnou a heterarchicky progresivní/otevřenou/dobrou politikou. Tato politika krásného nového pluralitního světa však paradoxně vyžaduje jednu všeobecně platnou morální autoritu a normativní nadřazenost. Pod maskou nové ontologie globálního společenského a právního pluralismu tak etika kosmopolitismu vznáší staré nároky na morální vedení a uspořádání globální společnosti.

Všechny tři kontroverze se projevují ve specifických kontextech včetně ústavního pluralismu EU, ale přitom se v nich ukazuje obecný problém spojování práva s kosmologickým uspořádáním,⁵³ v němž v durkheimovské tradici identifikují právo v jeho pluralitě s indexem sociální solidarity, který dává smysl kolektivní existenci.⁵⁴

Proti tomuto pojmu právního pluralismu jako zdroji legitimacy globální společnosti, který jí poskytuje kosmopolitní plnou penzi, se staví ty antropologické a sociologické teorie práva, podle nichž problém autority nelze jednoduše eticky rozředit. Leopold Pospíšil se například zaměřoval na etnografický výzkum rozmanitých forem autority, díky kterým lze v rámci konkrétního společenství vydávat příkazy prostřednictvím využití normativních řádů.⁵⁵

Zmiňované kontroverze se týkají i oblasti práva EU a teorií evropského konstitucionalismu. Postnacionální konstitucionalismus EU v některých teoriích nabývá normativního očekávání, že sama pluralitní koexistence jednotlivých právních systémů a režimů

⁴⁹ POUND, Roscoe. Introduction. In: SIMPSON, Sidney P. – STONE, Julius (eds). *Cases and Readings on Law and Society (American Casebook Series)*. St. Paul: West Publishing, 1948.

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? In: JOERGES, Christian – SAND, Inger-Johanne – TEUBNER, Gunther (eds). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004, s. 3–28, s. 8.

⁵¹ GALANTER, Marc. Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*. 1981, Vol. 19, s. 1–47.

⁵² TEUBNER, Gunther. The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. *Cardozo Law Review*. 1992, Vol. 13, s. 1443–1462.

⁵³ GEERTZ, Clifford. *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Sociology*. New York, Basic Books, 1983, s. 234.

⁵⁴ PŘIBÁŇ, Jiří. Polity as Constitutional Law's Community: On the Expressive Function and Symbolism of National and Transnational Constitutions. In: NOBLES, Richard – SCHIFF, David (eds). *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*. Aldershot: Ashgate, 2014, s. 95–112.

⁵⁵ POSPÍŠIL, Leopold. *Anthropology of Law: A Comparative Theory*. New Haven, CT: Yale University Press, 1971.

povede postupně k rozpadu mocenské politiky typické pro národní státy a jejímu nahrazení depolitizovanou správou a vládnutím na nadnárodní úrovni EU. Pod zdánlivě technickými problémy ústavního dialogu a konverzací se tak objevují normativní struktury legitimní postnacionální a postsuverénní politiky a etiky prosazované právem EU.⁵⁶

Napětí mezi instrumentálně funkcionální a expresivně symbolickou racionalitou konstitucionalismu se projevuje stále častěji a silně se zobrazilo i do nedávných krizí Unie.⁵⁷ Právní systém EU je vzhledem ke svému polycentrismu nejkompexnější příklad plurality právní autority, která se utváří v komunikaci mezi různými právními subsystémy. Paradigma právního monismu zde neplatí, protože právní normy EU nejsou nejvyšším zdrojem platnosti ústavních systémů členských států, ale zrovna tak se nejedná o variantu mezinárodního práva, jehož procedury a vyjednávání by zcela závisely na členských zemích jako suverénních stranách Smlouvy o EU.

Někteří autoři v této souvislosti popisují právo EU ne jako systém, ale řád.⁵⁸ Na rozdíl od institucionálně a normativně komplexních a sebereferenčních právních systémů na úrovni národního státu má pojem právního řádu charakter volnější normativní formace, která se vyvíjí podle daných vzorců interakce mezi jednotlivými právními systémy. Jestliže však budeme považovat za právní systém takové uspořádání, v němž komunikačním médiem je legalita,⁵⁹ potom můžeme nadále popisovat i právo EU jako systém, který je typický svou *pluralitou ústavních autorit*.⁶⁰

Tato pluralita kromě jiného značí i kapacitu právního systému EU vznášet nezávislé vlastní ústavní nároky, které se vyvíjejí paralelně s přetrvávajícími nároky členských zemí na ústavní suverenitu.⁶¹ Právě tyto nároky na ústavní autoritu v rámci EU dokazují, že její právní systém nemůže být čistě hierarchický a vertikální, ale naopak heterarchický a horizontální.⁶² Právní systémy členských zemí a EU jsou ve vzájemné interakci, ale současně si udržují své vlastní znaky a nezávislé zdroje a kritéria ústavní autority. Podle Walkera je právě tento agonistický proces vyjednávání mezi různými ústavními autoritami a uvnitř nich plný možností vzájemného obohacení prostřednictvím otevřeného dialogu a společného experimentování v konsenzuálnějších kontextech.⁶³

Prohlubující se evropská integrace znamená současně prohlubující se konstitucionalizaci, ale ta samozřejmě vede k demokratickým dilematům a představuje výzvu pro moc i autoritu v EU.⁶⁴ Mění se konfigurace právní autority v EU znamená, že státy nelze považovat za ústavní suverény ani ve vnitrostátním, ani v mezinárodněprávním kontextu. Procedurální definice ústavního pluralismu EU jako systému vyjednávání mezi různými autoritami a uvnitř nich, který vytváří politický a společenský konsens díky vzájemnému učení se a dialogu, je ovšem plný normativních očekávání. Agonistická politika má

⁵⁶ CLAES, Monica et al. *Constitutional Conversations in Europe – Actors, topics and procedures*. Antwerp: Intersentia, 2012.

⁵⁷ DAVIES, Gareth. Democracy and Legitimacy in the Shadow of Purposive Competence. *European Law Journal*. 2015, Vol. 21, No. 1, s. 2–22.

⁵⁸ CULVER, Keith – GUIDICE, Michael. Not a system but an Order: An Inter-institutional View of European Union Law. In: DICKSON, Julie – ELEFTHREADIS, Pavlos (eds). *Philosophical Foundations of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 54–76.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, s. 362–363.

⁶⁰ ROUGHAN, Nicole. *Authorities: Conflicts, Cooperation and Transnational Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁶¹ WALKER, Neil. Constitutional Pluralism Revisited. *European Law Journal*. 2016, Vol. 22, No. 3, s. 333–355, s. 333–334.

⁶² *Ibidem*, s. 337.

⁶³ *Ibidem*, s. 359.

⁶⁴ MENÉNDEZ, Agustín José. The European Democratic Challenge. *European Law Journal*. 2009, Vol. 15, s. 277–308.

ve skutečnosti posilovat konsens a funkcionálně diferencované ústavní režimy mají být normativně integrované jako ustavující autorita sdílených hodnot a principů. Výzva k novému teoretickému metajazyku ústavního pluralismu v EU tak ve skutečnosti v sobě skrývá klasické konstitucionalistické volání po hodnotových a principiálních základech evropské politické společnosti.

Paradox ústavního pluralismu EU, který současně popisuje sektorovou a funkcionální multiplicitu evropského práva a usiluje o normativní legitimizaci těch samých struktur a procesů, se projevuje i v akademické publikační inflaci v oblasti vlády práva a hodnot EU.⁶⁵ Teorie evropského práva si přitom často vypůjčují pojmy a argumenty kosmopolitního konstitucionalismu, takže sdílené liberální hodnoty a normy lidských práv a demokratické participace se považují za základní legitimizační rámec EU.

Inspirací se stávají i sociologicky orientované normativní teorie právního pluralismu, které sice kritizují univerzalizmus, ale současně obhajují kosmopolitismus jako systém sociální interakce přesahující teritoriální hranice a neteritoriální vazby, v nichž jsou sociálně zapouzdření jednotlivci i celé komunity globální společnosti. Podle Paula Schiff Bermana je to například tato vzájemná závislost, a ne autonomie, co definuje humanitu i právo jako normativní konstrukt pro řešení konfliktů a vyjednávání na globální úrovni.⁶⁶

Právní pluralismus v této kosmopolitní verzi ve skutečnosti využívá sociologické argumenty ke spekulativní formulaci fundamentálních hodnot operujících na transnacionální evropské a globální úrovni. Sally Engle Merry, jedna z nejvýznamnějších představitelky antropologie právního pluralismu, například předpokládá, že z pluralitních struktur a kulturních rozdílů nakonec vznikne transnacionální konsensus, v němž lidská práva nebudou omezena normativními nároky státu a jeho občanů.⁶⁷ Pluralistické koncepty uznání, vyjednávání, dialogu, konverzace a tolerance tak nabývají primárně morální význam, který odporuje antropologickému předpokladu morálního relativismu a omezení nároků morálky a vědění na platnost jejich kulturním rámcem.⁶⁸

Výsledkem této vnitřní kontroverze sociologicky orientovaných teorií ústavního pluralismu tak je argumentační paradox, v němž právní pluralismus doprovází *morální monismus* a EU slouží jako zásobník morálních aspirací a organizace prosazující univerzální hodnoty prostřednictvím partikulárních právních procesů a politických rozhodnutí.⁶⁹ Záměna faktické sociální rozmanitosti a normativních morálních očekávání je tak jedním z důsledků tohoto argumentačního zmatku v sociologických i právně pozitivistických teoriích ústavního pluralismu.⁷⁰

⁶⁵ Viz například WILLIAMS, Andrew. *The Ethos of Europe: Values, Law and Justice in the EU*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010; WEATHERHILL, Stephen. *Law and Values in the European Union*. Oxford: Oxford University Press, 1995; SCHROEDER, Werner (ed.). *Strengthening the Rule of Law in Europe: From a Common Concept to Mechanisms of Implementation*. London: Bloomsbury, 2016; JAKAB, András – KOCHENOV, Dimitry (eds). *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States. Compliance*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁶⁶ BERMAN, Paul S. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, s. 13. Ke kritice tohoto pohledu viz GALAN, Alexis – PATTERSON, Denis. The Limits of Normative Legal Pluralism: Review of Paul Schiff Berman. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders. International Journal of Constitutional Law*. 2013, Vol. 11, s. 783–800.

⁶⁷ MERRY, Sally Engle. *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*. Chicago: University of Chicago Press, 2006, s. 225–227.

⁶⁸ GEERTZ, Clifford. Anti Anti-Relativism. *American Anthropologist*. 1984, Vol. 86, No. 2, s. 263–278.

⁶⁹ STONE SWEET, Alec. A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe. *Journal of Global Constitutionalism*. 2012, Vol. 1, No. 1, s. 53–90.

⁷⁰ LUKES, Steven. *Moral Relativism*. London: Profile Books, 2008.

Závěrečné poznámky: moc a autorita v Ehrlichově „globální Bukovině“

Proces společenské diferenciací lze s jistou mírou nadsázky označit za základní normu společenského konstitucionalismu, protože v něm dochází současně k rozšíření pojmu konstitucionalismu mimo rámec politické ústavy. Společenský konstitucionalismus má schopnost teoreticky uchopit ústavní procesy současně jako součást sociální integrace i fragmentace, divergence i konvergence, inkluze i exkluze, právní i zvykové regulace. Jde o rozdíly, které jsou součástí funkcionálně diferencovaného procesu společenské sebekonstitucionalizace,⁷¹ kterou sociologie práva považuje za nejlepší ochranu proti přílišnému zpolitizování konstitucionalismu.⁷²

Tato konceptuální expanze společenského konstitucionalismu však obsahuje opačné riziko, totiž přílišné socializace konstitucionalismu, která s sebou přináší navíc další dvě teoretická rizika, totiž riziko zastření pojmu ústavy její příliš širokou aplikací na nejrozmanitější procesy sebekonstituování specifických systémů společnosti, a dále riziko depolitizace pojmu ústavy záměrnou eliminací původního významu a historického vývoje moderních politických ústav.⁷³

Řečeno jazykem právního konstitucionalismu, teorie společenského konstitucionalismu často ignorují problémy ústavní autority a sociální moci tím, že zdůrazňují pouze spontaneitu a horizontalitu ústavních procesů. Současný stav evropského ústavního pluralismu však potvrzuje, že představa spontánně se utvářejících heterarchií, které postupně nahrazují formální hierarchie státu a jeho politické ústavy, je příliš naivní a znamená regres právní i sociologické analýzy na úroveň filosofické hádanky a spekulativního moralismu.

Národní stát jako organizace mocenské mobilizace v moderní společnosti vyžaduje ústavní autoritu, aby ho bylo možné považovat za legitimní. Ústavní autorita však nepotřebuje stát jako svou exkluzivní organizaci a dokáže konstituovat nestátní, a dokonce nepolitické formy legitimizace. To je základní zkušenost s historickým vývojem ústavního pluralismu EU.

Riziko depolitizace znamená, že i ve společenském konstitucionalismu EU je třeba jednotlivé ústavy analyzovat jako organizace, jejichž hlavní funkcí je proměna účinné sociální moci na normativní právní autoritu. Riziko přílišné politizace naopak znamená, že ani v politickém konstitucionalismu nelze ústavní problémy omezit na témata právního monismu nebo ustavující moci jako konkrétně existující kolektivní autority v pozadí všech legitimních ústavodárných procesů. Také proto evropský ústavní pluralismus vyžaduje podrobnou genealogii všech mocenských asymetrií, konfliktů a napětí, které vzniká zrovna tak v hierarchických, jako i v heterarchických strukturách evropské transnacionální společnosti.

Pochopit tyto teoretické výzvy v jejich šíři i hloubce znamená vrátit se k samým základům sociologickoprávní metody, jak ji vypracoval před více než sto lety Eugen Ehrlich,

⁷¹ PŘIBÁŇ, Jiří (ed.). *Self-Constitution of European Society: Beyond EU politics, law and governance*. Abingdon: Routledge, 2016.

⁷² ANDERSON, Gavin. Beyond 'Constitutionalism Beyond the State'. *Journal of Law and Society*. 2012, Vol. 39, No. 3, s. 359–383.

⁷³ THORNHILL, Chris. Towards a Historical Sociology of Constitutional Legitimacy. *Theory and Society*. 2008, Vol. 37, s. 161–197.

a radikálně ji přeformulovat pro současné potřeby právní a sociální teorie globalizace. Jinými slovy, znamená to převést Ehrlichovy pojmy a konstrukce do podmínek toho, co jsme na počátku tohoto článku označili Teubnerovými slovy za „globální Bukovinu“.

Teubner rozpracoval Ehrlichovy sociologickoprávní pojmy živého práva a spontánní evoluce sebeutvářejících se normativních řádů v rámci systémové teorie. Bezprostředně přitom navázal na Ehrlichovo rozlišování oficiálně stanovené litery práva a neoficiálně uznávaného živého práva, takže v Teubnerově pojetí nejsou ústavy politické, ale sociální konstrukty, které nevytvářejí přehledné normativní celky ve společnosti, ale naopak jsou projevem její diferenciaci a fragmentace.⁷⁴

Podle Teubnera je třeba oddělit ústavu od moci a rozšířit její význam i na nepolitické systémy, režimy a sektory v globální společnosti. Podobně jako Ehrlich i on tak volá po zkoumání všech právních pravidel, principů a norem v jejich sociálním prostředí, ale ještě víc v kontextu nejrozmanitějších režimů vědění, jejichž sociální síla si sama vyžaduje konstitucionalizaci a s ní i možnost transformovat se na legitimní autoritu.⁷⁵ Jinými slovy, Teubner z klasické právní otázky po ústavním subjektu vytváří problém sebekonstituce *epistémé* ústavního systému jako zdroje jeho autority.

Jestliže napříště není ústavním subjektem jen lid projevující se fiktivní jednotou vůle jako nejvyšší hybatel ústavního pořádku, ale režim vědění, který předem říká, co i takový lid smí a nesmí vyslovit a chtít, radikálně se tím proměňují klasická konstitucionalistická témata, jakým je například vztah demokracie a technokracie nebo obecného a odborného rozumu. Ústavní subjekt už není pouze imaginární lid jako subjekt suverénní politické moci a zdroj obecné humanity, ale zrovna tak i nehumánní a nepolitické informace a poznatky, které jsou představitelné jen jako pluralita režimů a sítí vědění, které operují v systému globalizovaného práva.

Jestliže před sto lety Eugen Ehrlich vyzval právníky, aby obecnou teorii práva koncipovali prostřednictvím sociologických a etnografických metod a zbavili se tím přeceňované vazby mezi právní normou a jejím politickým vynucením, Gunther Teubner dnes tuto výzvu posouvá dál a vyzývá nejen ke zrušení této vazby, ale k přehodnocení samotného pojmu ústavy jako sociálního procesu právní asistence ve vývoji a seberegulaci ostatních sociálních systémů. Pro takovou ústavu nepotřebujeme imaginární moc svrchovaného lidu, ale reálné uznání, že právo je jen jeden z mnoha sociálních systémů naší fragmentarizované a diferencované globální společnosti. Ehrlichova sociologie živého práva tak dnes žije v globální Bukovině a daří se jí dobře!

⁷⁴ TEUBNER, G. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 71.

From the Sociology of Law to the Constitutional Pluralism: Eugen Ehrlich and Theory of Societal Constitutionalism

Jiří Přibáň

Abstract: The article analyses some theoretical ideas of European constitutional pluralism influenced by Ehrlich's sociology of law. After the introductory analysis of the concept of EU constitutional pluralism and critique of its positivist understanding, the article focuses on theory of societal constitutionalism, normative plurality and heterarchies prevailing over the normative hierarchical concept of law. While more conventional legal theories frame these heterarchies and pluralism of transnational constitutionalism by monist approaches, theory of societal constitutionalism radicalises these heterarchies and considers the transnational system of law one of many societal systems of functionally differentiated global society. The importance of Ehrlich's sociology of law consists of its capacity to analyse this differentiated system of law which functions independently of state organisation with its monopoly of political power in both supranational EU law and transnational global law. The concluding part, therefore, focuses on Teubner's theory of societal constitutionalism which draws on Ehrlich's sociological notion of law in the most original way, analyses knowledge regimes as new constitutional subjects and understands them as a new constellation of relationships between social power and constitutional authority stretching beyond classic constructs of constitutional theory and cosmopolitan ethics as legitimation forces of global law and politics.

Keywords: Eugen Ehrlich, living law, constitutional pluralism, sociology of law, constitutionalism, legal theory, constitutional theory